

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 158754

letzte Aktualisierung: 17. Januar 2018

BGB § 883; ErbbauRG § 2 Nr. 4

Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Übertragung des Erbbaurechts vor Eintritt der Heimfallvoraussetzungen

I. Sachverhalt

Es soll ein Erbbaurecht bestellt werden. Der Grundstückseigentümer wünscht eine grundbuchliche Absicherung des Heimfallanspruchs.

II. Fragen

1. Kann schon im Zusammenhang mit der Bestellung eines Erbbaurechts (und damit vor Entstehung des Heimfallanspruchs) eine Vormerkung zur Sicherung des konkreten, durch den Eintritt eines Heimfallgrundes und die Ausübung des Heimfallrechts aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückübertragung des Erbbaurechts in das Grundbuch eingetragen werden?
2. Falls nein, wäre eine Vormerkung für den Heimfallanspruch eintragungsfähig, wenn die Bewilligung des Erbbauberechtigten für die Eintragung der Vormerkung bereits im Erbbaurechtsvertrag enthalten ist und der Notar die Eintragung (weisungsgemäß) erst
 - a) nach Entstehen des Heimfallanspruchs oder
 - b) nach ausdrücklicher Anweisung des Grundstückseigentümers (und damit ggf. vor dem rechtswirksamen Entstehen des Heimfallanspruchs)

veranlasst? Wäre in diesen Fällen das Entstehen des Heimfallanspruchs dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen?

III. Zur Rechtslage

1. Vereinbarung über den Heimfall als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts

Nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG gehören zum (dinglichen) Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, sog. Heimfall.

Von der Vereinbarung über den Inhalt des Erbbaurechts (§§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 BGB) ist indes der aus einer solchen Heimfallabrede resultierende Anspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) auf Übertragung des Erbbaurechts zu unterscheiden.

2. Schuldrechtliche Rechtsnatur des Heimfallanspruchs

Die Rechtsnatur des nach Eintritt eines Heimfallgrundes bestehenden Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts war in der Literatur lange Zeit umstritten. Die wohl h. M. ging in der Vergangenheit davon aus, dass nicht nur die Vereinbarung über den Heimfall, sondern auch der hieraus folgende Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts – sog. Heimfallanspruch – *dinglicher* Natur sei (zum vormals bestehenden Meinungsstreit vgl. v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 91 ff.; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 178; BGH DNotZ 2016, 448, Tz 10-16). Demzufolge konnte nach dieser Ansicht der Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts nicht nur gegenüber jenem Erbbauberechtigten geltend gemacht werden, in dessen Inhaberzeit sich der Heimfallgrund verwirklicht hat, sondern ebenso gegenüber (Sonder-)Rechtsnachfolgern. Wegen der dinglichen Wirkung des Heimfallanspruchs war nach vormals überwiegender Ansicht eine Absicherung mittels Vormerkung weder erforderlich noch zulässig (in diesem Sinne Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 80; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1747, 1757; zum Parallelproblem, ob das Ankaufsrecht gem. § 2 Nr. 7 ErbbauRG vormerkungsfähig ist, vgl. Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. B Rn. 294).

Mit seiner **Entscheidung vom 6.11.2015 – V ZR 165/14 (DNotZ 2016, 448)** hat der **BGH** zwischenzeitlich entschieden, dass der Heimfallanspruch **schuldrechtlicher Rechtsnatur** ist. Der BGH stützt seine Entscheidung – neben dogmatischen Erwägungen – u. a. auf die Überlegung, dass die Annahme eines bloß schuldrechtlichen Charakters des Heimfallanspruchs interessengerecht sei. Denn setze sich der Heimfallgrund in der Person des Erwerbers des Erbbaurechts fort, beispielsweise in Gestalt einer fortgeführten vertragswidrigen Nutzung des Bauwerks, so würden die Heimfallvoraussetzungen erneut erfüllt und es entstände ein neuer, nunmehr gegen den Erwerber gerichteter Heimfallanspruch. Bei einem vertragstreuen Verhalten des Erwerbers sei demgegenüber ein berechtigtes Interesse des Grundstückseigentümers an der Rückübertragung des Erbbaurechts nicht anzunehmen (vgl. Tz. 25, 26 der Entscheidungsgründe). Der Gefahr, dass der (vertragsuntreue) Erbbauberechtigte das Erbbaurecht zur Vereitelung des Heimfallanspruchs veräußert, könne der Grundstückseigentümer seinerseits auf mehreren Wegen entgegenwirken. Zum einen eröffne § 5 Abs. 1 ErbbauRG bei der Bestellung des Erbbaurechts einen Gestaltungsspielraum dahingehend, dass für die Veräußerung des Erbbaurechts ein Zustimmungserfordernis des Grundstückseigentümers angeordnet werden könne. Dieser Schutz gelte gem. § 8 ErbbauRG auch gegenüber Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgten. Zum anderen könne der Grundstückseigentümer nach Eintritt eines Heimfallgrundes seinen schuldrechtlichen Anspruch durch eine – ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu erwirkende – Vormerkung sichern lassen. In den Entscheidungsgründen heißt es hierzu:

„(2) Der Gefahr, dass der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht zur Vereitelung des Heimfallanspruchs veräußert, kann der Grundstückseigentümer entgegenwirken. Insbesondere kann er einen Heimfallanspruch nach dessen Entstehung – ggf. mittels einer einstweiligen Verfügung – durch eine Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB absichern (vgl. Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdn. 178; Mohrbutter, Die Eigentümerrechte

und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung, 1995, 30; Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 2 ErbbauRG Rdn. 19; Bamberger/Roth/Maaß, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdn. 14, 19).“

(BGH DNotZ 2016, 448, 452 (Tz 27))

3. Zulässigkeit einer Vormerkung zur Sicherung des künftigen Heimfallanspruchs

a) Normativer Anknüpfungspunkt zur Beurteilung der Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs

Mit der Frage, ob der Grundstückseigentümer nicht nur seinen bereits *entstandenen*, sondern seinen *künftigen* Heimfallanspruch – also zeitlich vor Verwirklichung eines Heimfallgrundes – durch eine Vormerkung sichern kann, musste sich der BGH in der o. g. Entscheidung nicht befassen. Nach unserem Dafürhalten lässt sich eine diesbezügliche Aussage des Gerichtes auch nicht den zuvor zitierten Entscheidungsgründen (Tz. 27) entnehmen. Der BGH wendet sich mit seinen Erwägungen ersichtlich „nur“ gegen die von der herrschenden Meinung favorisierte dingliche Wirkung des Heimfallanspruchs und weist darauf hin, dass der Grundstückseigentümer *dieses* Schutzes – also einer dinglichen Wirkung des Heimfallanspruchs – nicht bedarf. Insoweit dürfen die höchstrichterlichen Erwägungen nicht losgelöst von der vom Gericht zu beantwortenden Frage betrachtet werden. Das Gericht hatte nämlich ausschließlich die **umstrittene Frage** zu beantworten, ob sich die **dingliche Wirkung des § 2 Nr. 4 ErbbauRG** nicht nur auf die Vereinbarung über den Heimfall, sondern **auch auf den hieraus resultierenden Anspruch erstreckt** (vgl. Tz. 9 der Entscheidungsgründe). Es ging mithin um die Reichweite der dinglichen Wirkung gem. § 2 Nr. 4 ErbbauRG, nicht aber um die Frage der Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs.

Entsprechendes gilt im Übrigen auch für jene Literaturmeinungen, die bereits vor dem o. g. BGH-Judikat von einer schuldrechtlichen Rechtsnatur des Heimfallanspruchs ausgegangen sind. Soweit die Vertreter dieser Meinung darauf hinweisen, dass der Grundstückseigentümer *nach* Eintritt eines Heimfallgrundes seinen Übertragungsanspruch durch eine Vormerkung sichern könne, wenden sich diese Stimmen erkennbar gegen das (Schutz-)Bedürfnis für eine dingliche Wirkung des Anspruchs. Eine Aussage dahingehend, dass der Heimfallanspruch zuvor nicht vormerkungsfähig ist, lässt sich diesen Fundstellen indes nicht entnehmen (vgl. Böttcher, Rn. 178; nunmehr auch Staudinger/Rapp, BGB (2017), ErbbauRG § 2 Rn. 20c)

Nachdem der BGH den Heimfallanspruch als schuldrechtlichen Anspruch qualifiziert, wäre nach unserem Dafürhalten die Antwort auf die **Frage, ob dieser Anspruch vormerkungsfähig** ist, nicht (mehr) auf der Ebene des § 2 Nr. 4 ErbbauRG, sondern vielmehr auf der **normativen Ebene des § 883 BGB** zu suchen. Mit dieser Vorschrift musste sich allerdings das Gericht – mangels Entscheidungserheblichkeit – nicht auseinandersetzen.

b) Vormerkungsfähigkeit von mehrfach bedingten Ansprüchen

Vor dem Hintergrund, dass nach Ansicht des BGH der Heimfallanspruch nicht die Rechtsnatur der Vereinbarung gem. § 2 Nr. 4 ErbbauRG teilt, handelt es sich um einen **bedingten schuldrechtlichen Anspruch** auf Übertragung des Erbbaurechts. Nach

§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines bedingten Anspruchs zulässig.

In diesem Zusammenhang kann es u. E. dahinstehen, ob die Entstehung des Anspruchs sowohl den Eintritt eines Heimfallgrundes als auch die formlose Ausübung des Heimfallsrechts durch den Grundstückseigentümer voraussetzt oder ob die Geltendmachung des Heimfalls lediglich die Fälligkeit des Heimfallanspruches herbeiführt. Der BGH scheint in einer älteren Entscheidung von letzterem auszugehen (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1095 (1096): „*Macht der Grundstückseigentümer nach Eintritt eines Heimfallgrundes den Heimfallanspruch geltend, so ist die unmittelbare rechtliche Folge nur die, daß damit die Übertragungspflicht fällig gestellt wird und daß nunmehr der Erbbauberechtigte i. S. von § 271 Absatz 2 BGB die Leistung bewirken kann.*“; ferner Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, ErbbauRG § 2 Rn. 18, 24; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 95). Letztlich kann dieser dogmatische Aspekt allerdings dahinstehen, denn selbst wenn der Heimfallanspruch als mehrfach bedingt anzusehen sein sollte, so stünde dies der Vormerkungsfähigkeit nicht entgegen; denn es entspricht ganz einhelliger Meinung, dass eine Vormerkung **auch** einen **mehrfach bedingten Anspruch** sichern kann (vgl. BGH DNotZ 1997, 720, 721; OLG München RNotZ 2016, 169, 172; BayObLG MittBayNot 1995, 207, 209; BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 1.10.2017, BGB § 883 Rn. 67.2; Schulze/A. Staudinger, BGB, 9. Aufl. 2017, § 883 Rn. 15; Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 7 Rn. 21).

Wir erlauben uns, insoweit auf die Entscheidung des BGH vom 5.12.1996 – V ZB 27/96 – Bezug zu nehmen, in der das Gericht zur Vormerkungsfähigkeit von bedingten Ansprüchen ausführte:

„a) Der **Vormerkungsfähigkeit** steht diese **Mehrfachbedingung** nicht entgegen, denn gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Eintragung einer Vormerkung ausdrücklich auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig. ...

Diese Einschränkungen [gemeint: *für künftige Ansprüche*] gelten nicht im selben Maße für bedingte Ansprüche. Ob diese - wofür der Gesetzeswortlaut spricht - von künftigen Ansprüchen zu unterscheiden sind (so Lichtenberger, aaO, S. 1756f.) oder ob der bedingte Anspruch ein Unterfall des künftigen Anspruchs ist (so Soergel/Stürner, aaO), kann offenbleiben. Bedingte Ansprüche zeichnen sich dadurch aus, daß ihr Inhalt **durch ein bereits bestehendes, wenn auch bedingtes, Rechtsgeschäft bestimmbar** ist (Soergel/Stürner, aaO). Deshalb können sie von Anfang an eine **gesicherte Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung** bieten (BayObLG, aaO, m.w.Nachw.; OLG Hamm, DNotZ 1978, 356/357; Lichtenberger, aaO, S. 1756ff.; Ertl, aaO; Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdn. 1489).“

(BGH DNotZ 1997, 720, 721f.; Klammereinschub und Hervorhebung durch DNotI)

Der Umstand, dass es sich bei dem Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts um einen – ggf. mehrfach – bedingten Anspruch (Eintritt des Heimfallgrundes sowie Aus-

übung des Heimfallrechts) handelt, steht demzufolge einer Vormerkungsfähigkeit desselben nicht entgegenstehen.

c) Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers

Nach § 3 Hs. 1 ErbbauRG kann der Heimfallanspruch allerdings nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden (vgl. BeckOK-BGB/Maaß, 43. Ed. 15.6.2017, ErbbauRG § 3 Rn. 1-2; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG § 3 Rn. 2-3). Die **Vormerkung** dürfte konsequenterweise nicht für eine bestimmte Person (im Sinne des derzeitigen Grundstückseigentümers), sondern müsste vielmehr **zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers** eingetragen werden.

Das **OLG München** hat mit Beschluss vom 30.9.2016 – 34 Wx 303/16 (MittBayNot 2017, 496) unlängst entschieden, dass eine Vormerkung auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks eingetragen werden kann und folglich nicht gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO als inhaltlich unzulässig zu löschen ist (im Fall des OLG München betraf die Vormerkung ein Ankaufsrecht für den jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks, vgl. auch BeckOK-GBO/Kral, 30. Ed. 1.10.2017, § 44 Rn. 67 m. w. N.).

Demgemäß steht nach unserer Ansicht die Bestimmung des § 3 Hs. 1 ErbbauRG einer Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs ebenfalls nicht entgegen, zumal das Grundbuch eine dienende Funktion hat (vgl. BGH NJW-RR 2013, 588, 589) und es demgemäß möglich sein muss, etwas zu verlautbaren, was das materielle Recht vorgibt.

d) Schlussfolgerung zur Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs

Mit der Vereinbarung eines Heimfalls gem. § 2 Nr. 4 ErbbauRG ist nach unserem Dafürhalten bereits ein gesicherter rechtlicher Boden für den Heimfallanspruch gelegt, der durch den Erbbauberechtigten nicht mehr einseitig entzogen werden kann. Wir vermögen daher keine dogmatischen Hindernisse zu erkennen, die gegen eine Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs gem. § 883 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB sprechen, nachdem der BGH entschieden hat, dass dieser Anspruch schuldrechtlicher Natur ist.

In diesem Sinne äußert sich auch *Czub* (in: Lemke, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, ErbbauRG § 2 Rn. 20), der wohl von einer Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs auch vor Eintritt der Heimfallgründe ausgeht. In der Literatur finden sich unterdessen auch gegenteilige Äußerungen, wonach die Eintragung einer Vormerkung vor Eintritt des Heimfallgrundes nicht zulässig sei.

Ein Vertreter der gegenteiligen Ansicht ist *Maaß*, der hierzu ausführt:

„Der Heimfall ist begrifflich ein Anspruch des Grundstückseigentümers (§ 3), das Erbbaurecht vom Erbbauberechtigten zu erwerben, den ersterer bei Vorliegen näher zu bestimmender Voraussetzungen durch einseitige Ausübungserklärung geltend machen kann. Umstritten ist, ob der Heimfallanspruch zusätzlich durch Vormerkung abgesichert werden kann (dagegen Ingenstau/Hustedt/Hustedt Rn. 80; Schöner/Stöber GrundbuchR Rn. 1.747; MüKoBGB/Heinemann Rn. 7, krit. MüKoBGB/Heinemann § 3 Rn. 3. Dafür: Ranft, Die „Verdinglichung“ des

Erbbaurechtsinhalts, 1993, 64). Richtigerweise muss man differenzieren: Wegen des Zwecks von § 2, das Rechtsverhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem abschließend zu regeln und eine Unübersichtlichkeit des Grundbuches zu vermeiden (→ § 11 Rn. 12), ist vor Entstehen des Anspruches eine Vormerkung unzulässig. Ist der Anspruch jedoch einmal entstanden, dh die Bedingung für seine Ausübung eingetreten, ist er nicht mehr nur unselbstständiger Erbbaurechtsinhalt und kann durch Vormerkung gesichert werden, insbes. auch um weitere Verfügungen über das Erbbaurecht zu vermeiden, die sonst nach → Rn. 19 gegenüber dem Heimfallberechtigten wirksam wären (BGHZ 207, 334 = DNotZ 2016, 448 Rn. 27).“

(BeckOK-BGB/Maaß, 43. Ed. 15.6.2017, ErbbauRG, § 2 Rn. 14; vgl. auch MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, ErbbauRG § 2 Rn. 7, § 3 Rn. 3)

Die von *Maaß* zitierten Fundstellen, auf die er seine ablehnende Haltung stützt, sind allerdings bei näherer Betrachtung unergiebig. So stammen die Äußerungen von *Ingenstau/Hustedt* sowie von *Schöner/Stöber* aus jener Zeit, als die h. M. noch von einer dinglichen Wirkung des Heimfallanspruchs ausgegangen war. Der jüngeren Kommentierung von *Heinemann* ist ebenfalls nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass er die Vormerkbarkeit des Heimfallanspruchs vor Eintritt eines Heimfallgrundes ablehnt; es fehlt insoweit an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BGH (DNotZ 2016, 448) und der Bestimmung des § 883 BGB (vgl. MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, ErbbauRG § 2 Rn. 7, in der er nur knapp feststellt: „*Dienstbarkeiten, deren Rechtsinhalt auch gemäß §§ 2 ff. geregelt werden kann, sind unzulässig (→ § 11 Rn. 25), ebenso Vormerkungen zur Sicherung von Rechten nach §§ 2 ff.*“).

Wie oben dargestellt, sind nach unserem Dafürhalten keine dogmatischen Gründe ersichtlich, die gegen eine Vormerkungsfähigkeit des Heimfallsanspruches sprechen. Alleine unter dem von *Maaß* angesprochenen Gesichtspunkt, dass das Grundbuch nicht mit unnötigen Eintragungen überfrachtet werden soll, ließe sich vertreten, dass der Grundstückseigentümer eines Schutzes gem. § 883 Abs. 2 BGB nicht bedarf, weil er über §§ 5 Abs. 1, 8 ErbbauRG hinreichend geschützt ist. Mit einer solchen Sichtweise würde indes zum einen verkannt, dass der Grundstückseigentümer nicht verpflichtet ist, einen Zustimmungsvorbehalt gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG zu vereinbaren, und zum anderen, dass der Eigentümer die Zustimmung nur unter den engen Voraussetzungen des § 7 ErbbauRG verweigern darf. Sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Falle einer Veräußerung des Erbbaurechts der *Erwerber* seinerseits die Heimfallgründe verwirklichen wird, sondern vielmehr anzunehmen ist, dass sich dieser vertragstreu verhält, erscheint es zweifelhaft, ob der Grundstückseigentümer wegen einer Pflichtverletzung in der Person des *Veräußerers* die Zustimmung verweigern darf. Es ließe sich nur schwerlich argumentieren, die drohende Vereitelung des Heimfallanspruchs durch den Veräußerer gefährde den mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck (§ 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG), denn der Zweck des Erbbaurechts ist nicht auf die Übertragung desselben an den Grundstückseigentümer gerichtet. Unseres Erachtens läge bei einer Vereitelung des Heimfallanspruchs – infolge Veräußerung des Erbbaurechts – zwar eine Vertragsverletzung durch den veräußernden Erbbaurechtsinhaber vor, diese Vertragsverletzung stellt aber nicht notwendigerweise eine Gefährdung des Erb-

baurechtszwecks dar. Insoweit ist ungewiss, ob die Rechtsprechung dem Grundstückseigentümer die Verweigerung seiner Zustimmung gem. § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG zuzubilligen wird, wenn die Veräußerung des Erbbaurechts den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts zu vereiteln droht. Vor diesem Hintergrund ist u.E. davon auszugehen, dass der Grundstückseigentümer sehr wohl ein schützenswertes Interesse an der dinglichen Sicherung seines künftigen Heimfallanspruches hat.

Mit *Stresemann* (in: Weber, Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht, Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, 2017, S. 27, 36) ist u.E. daher vielmehr von Folgendem auszugehen:

„Ein Heimfallanspruch richtet sich damit nur gegen den Erbbauberechtigten, in dessen Person die Voraussetzungen für den Heimfall erfüllt sind. Der Anspruch kann allerdings durch eine Vormerkung gesichert werden; soweit ein Heimfallanspruch noch nicht eingetreten ist, dürfte er als **aufschiebend bedingter Anspruch mit fester Rechtsgrundlage** (der Heimfallregelung im Sinne des § 2 Nr. 4 ErbbauRG) anzusehen sein, der nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB schon vor Eintritt der Bedingung (dem Entstehen eines Heimfallgrundes) **vormerkungsfähig** ist. Weil Grundpfandrechtsgläubiger in der Regel verlangen werden, dass eine solche Vormerkung im Rang hinter das Grundpfandrecht zurücktritt, wird sie in der Zwangsversteigerung allerdings das Schicksal der nicht versteigerungsfesten Erbbauzinsreallast teilen, also erlöschen.“

(Hervorhebung durch DNotI)

Die Ausführungen verdeutlichen, dass offensichtlich auch die Vorsitzende des V. Zivilsenats des BGH keine dogmatischen Bedenken gegen die Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruchs vor Eintritt eines Heimfallgrundes hat.

4. Antizipierte Erteilung einer Eintragungsbewilligung

Die antizipierte Erteilung einer Bewilligung zur Eintragung einer Vormerkung in Kombination mit einer verfahrensrechtlichen Weisung gem. § 53 BeurkG begegnet u. E. keinen rechtlichen Bedenken, dürfte allerdings nicht zielführend sein, sofern man annehmen wollte, der schuldrechtliche Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts sei erst mit Eintritt eines Heimfallgrundes vormerkungsfähig. In diesem Fall müsste nämlich konsequenterweise dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, dass der Heimfall eingetreten ist. Ein solcher Nachweis ist praktisch nicht zu führen mit der Folge, dass sich die Eintragungsbewilligung des Erbbaurechtsinhabers – bei unterstellter fehlender Eintragungsfähigkeit vor Eintritt eines Heimfallgrundes – als wertlos erweist.

Sollte der Heimfallanspruch – entgegen der hier vertretenen Ansicht – erst nach Eintritt eines Heimfallgrundes vormerkungsfähig sein, so bliebe nur die Eintragung der Vormerkung aufgrund einstweiliger Verfügung i. S. v. § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, während die Eintragung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB aufgrund einer Bewilligung des Betroffenen mangels Nachweisbarkeit des Heimfalleintritts ausscheiden müsste. Der Entscheidung des BGH (DNotZ 2016, 448, 452) lässt sich eine solche Intention indessen nicht entnehmen. Die Entscheidungsgründe deuten vielmehr darauf hin, dass *beide* Varianten – Bewilligung sowie

einstweiliger Rechtsschutz – zulässig sind. Damit muss aber – in letzter Konsequenz – die Eintragung der Vormerkung unabhängig vom Eintritt eines Heimfallgrundes möglich und rechtlich zulässig sein.

5. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten kann der (künftige) schuldrechtliche Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts bereits vor Eintritt eines Heimfallgrundes durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Dogmatische Gründe, die gegen eine Vormerkungsfähigkeit des Heimfallanspruches sprechen, sind uns jedenfalls nicht ersichtlich, nachdem der BGH den Anspruch als schuldrechtlich qualifiziert hat. Die gegenteilige Auffassung, wonach der Anspruch nur nach Eintritt des Heimfalls vormerkungsfähig sein soll, hätte überdies zur Folge, dass der Grundstückseigentümer die Eintragung praktisch nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erwirken könnte; eine vom Erbbaurechtsinhaber freiwillig abgegebene Bewilligung – gleichviel wann diese abgegeben würde – wäre mangels grundbuchlicher Nachweisbarkeit des Heimfalls wertlos. Diese Einschränkung lässt sich indes weder der Entscheidung des BGH (DNotZ 2016, 448, 452) noch dem Gesetz (§§ 883, 885 BGB) entnehmen. Das Verfahrensrecht in Gestalt des § 29 GBO hat wiederum nur dienende Funktion und vermag eine Vormerkungsfähigkeit erst *nach* Eintritt des Heimfalls ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

Wir erlauben uns allerdings vorsorglich darauf hinzuweisen, dass unmittelbar einschlägige Rechtsprechung (zeitlich nach BGH DNotZ 2016, 448) nicht ersichtlich ist.